Quasi-dingliche Stellungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Matthias Raab

Gerichtsreferendar aus Frankfurt (Main)-Schwanheim

Marburg 1935

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 13. März 1935
Berichterstatter: Prof. Dr. Jung und Prof. Dr. Schulz-Schaeffer.

Meinen lieben Eltern!

Gliederung

Einleitung: Wesen der dinglichen und obligatorischen Rechte.

I. Die quasi-dingliche Stellung des besitzenden Mieters einer unbeweglichen Sache:

1. Die Entwicklung des Mietrechts:
   a) im römischen Recht
   b) im früheren deutschen Recht
   c) im geltenden Recht.
2. Die rechtliche Natur der Miete:
   a) die Miete ein dingliches Recht
   b) die Miete ein obligatorisches Recht
   c) die quasi-dingliche Stellung des Mieters.

II. Das quasi-dingliche Recht des obligatorisch berechtigten Besitzers einer beweglichen Sache.

III. Das Anfallsrecht des fruchtziehungsberechtigten Pächters auf Grund der Aneignungsgestattung:

1. Allgemeines über den Erwerb von Früchten.
2. Der Eigentumserwerb nach § 956 BGB.:
   a) Die Traditionstheorie
   b) die Anwartschaftstheorie
   c) das quasi-dingliche Recht des Pächters.

IV. Die Jagd- und Fischereipacht:

1. Inhalt und Gegenstand des Pachtvertrages.
2. Das quasi-dingliche Recht des Aneignungsberechtigten.
3. Der allgemeine Unterlassungsanspruch gegenüber jedermann.
4. Das Jagd- und Fischereiausübungsrecht ein „sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

V. Die Bergwerkspacht:

1. Entwicklung des Bergrechts.
2. Inhalt und Wesen der Bergwerksberechtigung:
   a) Die Bergwerkspacht ist eine Rechtspacht,
   b) das absolute Aneignungsrecht des Pächters.
3. Der Eigentumserwerb an den Mineralien:
   a) eine unmittelbare, sowie eine analoge Anwendung des § 956 BGB ist abzulehnen,
   b) der Eigentumserwerb geschieht durch Aneignung gemäß § 958 Abs. 1 BGB.

VI. Die Vormerkung:

1. Zweck der Vormerkung.
2. Wirkungen derselben.
3. Die rechtliche Natur der Vormerkung:
   a) sie ist kein dingliches Recht
   b) sie läßt sich unter keinen der bekannten Oberbegriffe eingliedern
   c) sie ist ein eigenartiges Sicherungsmittel.

Schrifttum

Brunner: Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages, Band III.
Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, Berlin 1914.
v. **Blume**: Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters, in Iherings Ihrb., Band 39, Seite 429 ff.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht. Jena 1900.
Crome: Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in Iherings Jahrb., Band 37, Seite 1 ff.
" System des Bürgerlichen Rechts, III. Band 1915.
Dernburg: Pandekten, II. Band, 2. Auflage.
" Bürgerliches Recht, Band II 2.
Ebner: Kommentar zur preuß. Jagdordnung. 1919.
Eltzbacher: Die Unterlassungsklage, ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes. 1906.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, erste Abteilung, Sachenrecht. 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band 1932, III. Band 1931.
Fischer: Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete" im B.G.B. aufgenommen werden. Verhandl. des 19. Juristentages, II. Band 1888.
Fischer Verträge.
Franck: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1931.
Friedländer: Konzernrecht 1927.
Fuchs: Grundbuchrecht.
" Grundbegriffe des Sachenrechts.
Fuld: Das Mietrecht des BGB, Leipzig 1898.
Gierke: Deutsches Privatrecht II. Band, Sachenrecht, Leipzig 1905.
" Der Entwurf eines BGB.
" Fahrnisbesitz.
Güthe: Grundbuchordnung.
Heintzeler: Das Reichsjagdgesetz. 1934.
Hesse: Rechtliche Natur der Miete, im 8. Heft der Studien zur Erläuterung des BGB von Rudolf Leonhard. Breslau 1902.
Isay: Allgemeines Berggesetz für die preuß. Staaten. I. Band 1933.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, I. Band 1931.
Jung: Bürgerliches Recht. Berlin 1931.
Jung: Willensänderung des Besitzmittlers, im Recht 1919, Seite 353.
Jung: Der Fruchterwerb des scheinberechtigten Besitzes in „Das Recht" 1920, Seite 57.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 2. Teil, Sachenrecht. Berlin 1919.
Kreß: Besitz und Recht. Nürnberg und Leipzig 1909.
Kuhlenbeck: Kommentar zum BGB., II. Band, Berlin 1899.
Leonhard, Frz.: Bürgerliches Recht. 1931.
" Besonderes Schuldrecht, II. Band, 2. Teil. München-Leipzig 1931.
Loening: Die Grundstücksmiete als dingliches Recht. 1931.

Meißner: Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.
Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des deutschen Reichs. Berlin 1932.
Motive zum Entwurf eines BGB. Amtliche Ausgabe, III. Band 1888.
Müller-Erzbach: Das Bergrecht Preußens. I. Band 1933.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1909.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. II. Band, 2. Abt. 1929.
Othmer: Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht.
Philippsen: Die Vormerkung nach Bürgerl. Recht. Jenenser Diss. 1903.
Planck: Kommentar zum BGB. II. Band, 2. Teil 1928, III. Band 1920.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB.
Raape: Aneignungsüberlassung, in Iherings Jahrb., Band 74, S. 179 ff.
" Aneignungsüberlassung auf Grund einer Bergwerkspacht, im Arch. f. d. ziv. Prax., Band 136, Seite 210 ff.
Romeick: Zur Technik des BGB. Heft 2, 1902.
v. Seeler: Die Rechtsstellung des Jagdpächters bei Veräußerung des Grundstücks. Festgabe für Otto Gierke, II. Band, Seite 343. 1910.
Schollmeier: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1904.
Staudinger: Kommentar zum BGB. II. Band und III. Band 1926.
Wendt: Rechtssatz und Dogma, in Iherings Jahrb., Band 29, S. 29 ff.
Ziebarth: Forstrecht.

Unser geltendes Recht unterscheidet dingliche und obligatorische Rechte. Wenn in vorliegender Arbeit von quasi-dinglichen Stellungen zu sprechen sein wird, so deutet dies schon darauf hin, daß Gegenstand unserer Untersuchungen Rechtsverhältnisse sein sollen, die schuldrechtlicher Art sind, sich aber doch nicht nur in schuldrechtlichen Wirkungen und Gegenwirkungen erschöpfen, sondern darüber hinaus auch dinglich wirken. Bevor wir im einzelnen auf diese Rechte und Rechtsverhältnisse eingehen, dürfte es zweckmäßig sein, zunächst einmal die Begriffe „dingliche" und „obligatorische" Rechte möglichst scharf zu umgrenzen.

Das Schuldverhältnis ist das rechtliche Verpflichtungsverhältnis zwischen zwei Personen, vermöge dessen die eine berechtigt ist von der anderen eine Leistung zu fordern, § 241 BGB. Darüber hinausgehend ergreift das obligatorische Recht des Gläubigers nicht auch den Gegenstand (die Sache oder das Recht), der durch die Leistung dem Gläubiger verschafft werden soll. Das Schuldverhältnis ist ein relatives, persönliches Recht. Relativ, weil es sich auf eine bestimmte Person bezieht und persönlich, im Gegensatz zum dinglichen Recht, aber nicht persönlich im Sinne von Persönlichkeitsrechten, die zu den absoluten Rechten gehören.

Die Bezeichnung „dingliche Rechte" enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Wenn es in § 221 BGB den Ausdruck dinglicher Anspruch gebraucht, so besagt dies nur, daß die Vorschrift, welche in diesem Paragraphen für die Verjährung getroffen ist, sich nur auf Ansprüche bezieht, die sich aus einem dinglichem Recht ergeben. Das Gesetz spricht aber von „Rechten an Sachen, an Grundstücken" §§ 95, 873, 881 u. a. und meint damit die dinglichen Rechte.

In der Wissenschaft haben sich über das Wesen des dinglichen Rechts in der Hauptsache zwei Ansichten herausgebildet. Die eine Auffassung — und das ist die herrschende — geht dahin, daß das primäre Element des dinglichen Rechts die rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache ist, woraus sich als sekundäres Element der Schutz dieser Person gegenüber jedermann ergibt. Die Gegner, die eine Rechtsbeziehung zwischen Mensch und Sache leugnen, eine solche vielmehr nur von Mensch zu Mensch als denkbar erachten, geben dem Verbietungsrecht des dinglich Berechtigten die erste

Stelle und lassen als Folgerung die alleinige Herrschaft über die Sache entstehen. Außer allem Streite erscheint demnach, daß zu dem Wesen des dinglichen Rechts die Absolutheit des Klageschutzes gegenüber jedermann gehört, der gegen den Willen des dinglich Berechtigten zu der Sache in Beziehung tritt. Erscheint nun die allseitige Wirkung des dinglichen Rechts als sein alleiniges Wesen, oder gibt uns der Inhalt der einzelnen dinglichen Rechte andere Unterscheidungsmerkmale zwischen dinglichem und obligatorischem Recht? Drei Gruppen von dinglichen Rechten lassen sich ihrem Inhalte nach unterscheiden:

1. Nutzungs- und Verfügungsrechte (Eigentum, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten).
2. Sachhaftungsrechte, (Reallast, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht).
3. Dingliche Erwerbsrechte, (wie Vorkaufsrecht, und die verschiedenen Aneignungs- und Anfallsrechte).

Innerlich sind diese Gruppen von Rechten aber ganz verschieden, sodaß wir hierdurch zu keiner Unterscheidung zum obligatorischen Recht gelangen können. Der Unterschied zwischen dinglichem und obligatorischem Recht läßt sich daher nur dahingehend bestimmen, daß der obligatorisch Berechtigte von einer bestimmten Person eine Leistung verlangen kann, während die Befugnis des dinglich Berechtigten sich auf eine Sache bezieht und nicht auf eine Leistung einer bestimmten Person.

Die quasi-dingliche Stellung des besitzenden Mieters von Immobilien.

Bei der Untersuchung der Frage, welche Rechtsstellung der Mieter einnimmt, wenn das vermietete Grundstück veräußert wird, sind weniger seine Beziehungen zu dem Veräußerer von Interesse, als gerade die zum Erwerber, mit welchem er in keinem Vertragsverhältnis steht. In früherer Zeit hatten diese Rechtsbeziehungen in den einzelnen Rechtsgebieten eine verschiedenartige Regelung erfahren. Dies war einmal durch die Auffassung der Miete im römischen Recht bedingt, die dort eine ganz untergeordnete Rolle spielte, und dann durch die sich in der Neuzeit immer mehr steigernde Bedeutung, die dem Mietrecht in Anbetracht der wirtschaftlichen Verhältnisse zukommen mußte. Zum Verständnis der im Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgten Regelung, die nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch zu manchen Zweifeln Anlaß gibt, erscheint uns ein Rückblick auf das bisherige Recht angebracht.

Nach römischem Recht war die Miete — es wurde hier kein Unterschied zwischen der Miete beweglicher und unbeweglicher Sachen gemacht — ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis. Es wurden Rechte und Pflichten nur zwischen Vermieter und Mieter geschaffen. Selbst wenn die Sache dem Mieter zum Gebrauche über-

geben war, war seine Stellung keine gefestigtere als zuvor. Wurde die gemietete Sache veräußert, so konnte der Erwerber mit seinem dinglichen Anspruch gegen den Mieter vorgehen. Diese ungünstige Lage des Mieters und die günstige Stellung des Erwerbers, hängt mit dem streng durchgeführten Wesen der Miete als eines rein obligatorischen Rechts zusammen. Zu Gunsten des Mieters dieses Prinzip zu durchbrechen, lag nach den sozialen Anschauungen der römischen Juristen kein Grund vor, da nur Leute geringen Standes zur Miete wohnten, und der Mieter einen gewissen Ausgleich in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs gegen den Vermieter hatte.

Der römisch-rechtliche Satz „Kauf bricht Miete", richtiger natürlich: der Mietvertrag bindet nur den ursprünglichen Vermieter, nicht den, der Eigentum der vermieteten Sache erworben hat, wurde wegen seiner formaljuristischen Folgerichtigkeit in das gemeine Recht — wenn auch mit Einschränkungen — übernommen. So durfte der Erwerber den Mieter nicht kraft seines dinglichen Rechts sofort der Mietsache entsetzen, der Mieter konnte vielmehr die Einhaltung ortsüblicher Kündigungsfristen oder, wo solche nicht bestanden, eine angemessene Zeit zur Räumung verlangen[1]).

Entsprechend dem deutsch-rechtlichen Grundsatz „Heuer geht vor Kauf" schützte das Preußische Allgemeine Landrecht (I, 21 §§ 2—5, 358—60) den Mieter. Darnach hatte der Verkauf der vermieteten Sache keinen Einfluß auf das bestehende Mietverhältnis, da die Miete durch die Übergabe der Sache ein dingliches Recht geworden war.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ausgehend von der Tatsache, daß der Mietvertrag als obligatorischer Vertrag Rechte und Pflichten nur zwischen den Vertragsteilen erzeuge, hatte sich der römisch-rechtlichen Behandlung der Miete angeschlossen. Damit trat der Entwurf aber in offenbaren Gegensatz zu dem bis dahin geltenden preußischen Recht. Eine scharfe Kritik erhob sich und verlangte energisch weitgehendsten Schutz des Mieters gegen den Erwerber. Man wies hin auf die verschiedene soziale Stellung des Mieters in früherer Zeit und heute, wo der größte Teil der Bevölkerung zur Miete wohne, auf den Schutz des wirtschaftlich schwächeren Mieters und bemängelte, daß ein Schadensersatzanspruch zum Schutze des Mieters nicht genüge. Diese Erwägungen veranlaßten dann die zweite Kommission zur Aufnahme des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete", der in den §§ 571 ff. BGB seine gesetzliche Regelung erfahren hat[2]).

Wie hat man nun den lautgewordenen Wünschen zum Schutze des Mieters Rechnung getragen? Hat man das Mietrecht in seinen allgemeinen Grundlagen gegenüber dem ersten Entwurf geändert und dasselbe zu einem gegen jeden Dritten wirkenden dinglichen

---

1) Dernburg, Pandekten Band 2, Seite 108; Fischer a.a.O., Seite 386.
2) Prot. Band 2, Seite 138 ff.

Recht gemacht? Oder hat man die rechtliche Natur der Miete unberührt gelassen und nur aus praktischen Rücksichten einige scharf begrenzte Spezialbestimmungen getroffen, die eine zweckmäßige Durchführung des Schutzes des Mieters gegenüber dem Erwerber der Mietsache bewirken sollen?

Zwei Ansichten stehen sich heute über die rechtliche Natur der Miete gegenüber. Die einen[3]) treten für den dinglichen Charakter ein, während die anderen[4]) an dem obligatorischen Wesen derselben festhalten. Darüber, daß der Mieter einer beweglichen Sache und der Grundstücksmieter, dem der Mieter von Wohnungen nach § 580 BGB gleichgestellt ist, vor der Überlassung der Mietsache nur ein obligatorisches Recht gegen den Vermieter und gegen bestimmte dritte Personen hat, sind alle Ansichten einig. Nur die Frage, ob der Grundstücksmieter nach der Überlassung des Grundstücks auch nur ein obligatorisches Recht hat, oder ob es nunmehr ein dingliches geworden ist, ist strittig.

Wäre die Miete nach Überlassung der Sache ein dingliches Recht, so würde die Folge davon sein, daß dem Mieter die petitorische Klage gegen jedermann zustände, der ihn in der Ausübung seines Rechts störte oder behinderte[5]). Ein solches Klagerecht ist für das Eigentum, Erbbaurecht, Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, nicht aber für den Mieter eines Grundstücks. Gegen tatsächliche Störungen seines Besitzes von Seiten Dritter ist er auf die possessorischen Rechtsmittel angewiesen, §§ 859, 861 BGB. Gegen einen Dritten, der sich ein Recht an dem Mietgrundstück anmaßt, hat der Mieter aber keine petitorische Klage. Das Gesetz verweist ihn in solchem Falle ausdrücklich an den Vermieter, der nicht nur in der rechtlichen Lage, sondern auch auf Grund des Mietverhältnisses verpflichtet ist, dem Mieter zu seinem Recht zu verhelfen. Löning[6]) behauptet, der Mieter werde gegen Rechtsanmaßungen Dritter durch die §§ 538 Abs. II und 541 BGB geschützt. Er geht davon aus, daß gemäß § 541 BGB der § 538 BGB entsprechende Anwendung findet, wenn durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Teil entzogen wird. Nach § 538 BGB kann der Mieter vom Vermieter Beseitigung des Mangels verlangen, und nur, wenn der Vermieter in Verzug kommt, den Mangel selbst beseitigen, sowie Ersatz der dafür gehabten Aufwendungen verlangen. Nach Löning erhält der Mieter aber das Recht, den Störer zu entsetzen, selbst wenn die Voraussetzungen der §§ 859 ff. BGB

3) Fuchs, Gruchots Beiträge, Band 46, Seite 566 ff.; Kuhlenbeck a.a.O., N. 1, 2 zu § 571; Meißner a.a.O., N. 3 zu § 571; Cosack a.a.O. § 238; Fischer, Verträge Seite 17.

4) Crome a.a.O.; Staudinger zu § 535 Anm. B. I. 8; Mittelstein a.a.O., Seite 72 ff. Oertmann JW 1902 Beil. Seite 192; Planck zu § 571.

5) Crome a.a.O., Seite 43 ff.

6) Löning a.a.O., Seite 152.

nicht mehr vorliegen. Diese Auslegung kann aber dem Sinne obiger Vorschriften nicht entsprechen. Richtig ist vielmehr, wie mit der herrschenden Ansicht behauptet werden muß, daß der Mieter nicht zu selbständigem Vorgehen gegen den Dritten berechtigt ist. Er darf nur mit dem Dritten einen Vertrag schließen, nach welchem sich dieser verpflichtet, sein Recht nicht auszuüben; die gemachten Aufwendungen kann er dann vom Vermieter ersetzt verlangen[7]).

Gegen die Annahme der Dinglichkeit der Miete spricht ferner auch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften. Als in der Zeit nach der Erledigung des ersten Entwurfs die Frage auftauchte, wie der Satz „Kauf bricht nicht Miete"" juristisch zu gestalten sei, setzte heftiger Streit ein. Die Romanisten mußten den römischen Satz „Kauf bricht Miete" zwar aufgeben, wollten aber dennoch die obligatorische Natur der Miete beibehalten[8]). Die Germanisten — besonders Brunner und Gierke[9]) — traten für eine, der Reallast ähnlichen Konstruktion ein. Die Anhänger des preußischen Rechts — vor allem Fischer[10]) — bekämpften die Dinglichkeit. Zuletzt beschloß man, den Erwerber des Grundstücks kraft Gesetzes und nicht kraft des dinglichen Mietrechts in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters eintreten zu lassen. Man war sich zwar dessen bewußt, daß ein derartiger Eintritt in die aktive und passive Seite eines Schuldverhältnisses eine Anomalie gegenüber dem System des Entwurfs bedeute[11]), hielt sie aber dennoch für notwendig und unumgänglich, da „eine andere Konstruktion der durch den Satz: „Kauf bricht nicht Miete" herbeigeführten Rechtslage nicht möglich sei". Daraus folgt, daß der in § 571 BGB ausgesprochene Grundsatz lediglich als eine Ausnahmevorschrift in dem Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden hat, und daß er nicht aus allgemeinen Rechtsgründen herzuleiten ist[12]).

Auch die Stellung, welche die Miete innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches gefunden hat, spricht gegen die Annahme der Dinglichkeit der Miete. Das Sachenrecht schließt sich streng gegen das Recht der Schuldverhältnisse und des Familienrechts einerseits und gegen das Erbrecht andererseits ab. Demgegenüber ist von verschiedener Seite der Einwand erhoben worden, daß durch die Behandlung des Vermieterpfandrechts und seiner Unterbringung in das zweite Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches, mit diesem Prinzip gebrochen sei[13]).

---

7) Mittelstein a.a.O., Seite 241; Crome a.a.O., Seite 45 und die Kommentare zu § 541 BGB.
8) Eck a.a.O., Seite 247—48.
9) Brunner, Verhandlungen des 19. d. Juristentages, Band III, Seite 44; Gierke a.a.O., Seite 190 und 238 ff.
10) Fischer, Gutachtliche Äußerungen zum BGB., Band II, Seite 254 ff.; und zu dem ganzen Streit, Crome a.a.O., Seite 11 ff.
11) Prot. Band 2, Seite 139.
12) So auch Crome a.a.O., Seite 23 ff.
13) Wendt a.a.O., Seite 67.

Bei näherer Betrachtung ist dieser Einwand jedoch nicht gerechtfertigt. Zweifellos ist das Pfandrecht ein dingliches Recht und wird auch von den Motiven zu der „notwendig geschlossenen Zahl" der dinglichen Rechte gerechnet[14]). Es ist deshalb auch vornehmlich im Sachenrecht behandelt. Wenn trotzdem einige Bestimmungen, welche auf das Pfandrecht Bezug haben, im Recht der Schuldverhältnisse niedergelegt sind, nämlich in den §§ 559—63 BGB, so erklärt es sich dadurch, weil dort einzelne Tatbestände, an welche kraft Gesetzes die Entstehung eines Pfandrechts geknüpft wird, zugleich Tatbestände von Forderungsrechten bilden, und diesen obligatorischen Rechtsverhältnissen der weitaus größte Teil der gesetzlichen Bestimmungen dient[15]). Abgesehen davon richten sich aber Wirkung und Inhalt des Pfandrechts des Vermieters nach den Bestimmungen des Sachenrechts und zwar nach den §§ 1204 ff. und 1257 BGB. Eine nur beiläufige Erwähnung des Pfandrechts im Schuldrecht kann also keinen Beweis dafür erbringen, daß man von obiger Systematik abgewichen ist. Zur Bekräftigung der Ansicht der herrschenden Lehre sei auch auf die dispositive Natur der §§ 571 ff. BGB hingewiesen[16]). Auch diese widerspricht der Annahme der Dinglichkeit des Mietrechts[17]).

Wir haben festgestellt, daß die Miete auch nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter kein dingliches Recht ist. Demnach wäre der Schluß zu ziehen: sie bleibt auch weiterhin ein obligatorisches Recht. Wir haben aber auch gesehen, daß die Miete nicht nur für und gegen den Vermieter, sondern auch gegen den Rechtsnachfolger des Vermieters wirkt. Sie enthält also Wirkungen gegen Dritte. Danach müßte man aber folgern: da die Miete gegen Dritte wirkt, ist sie nicht relativ, und da sie nicht relativ ist, ist sie nicht obligatorisch; also ist sie dinglich. — Durch diese Schlußziehungen kommen wir aber in keiner Weise weiter.

Unzweifelhaft besteht das Mietrecht in der Hauptsache aus obligatorischen Elementen; daneben enthält es aber auch dingliche[18]). Obligatorisch ist insbesondere das Recht des Vermieters auf den Mietzins; dinglich dagegen, das des Mieters gegenüber einem Rechtsnachfolger des Vermieters. Diese Stellung des Mieters, die teils obligatorischer, teils dinglicher Natur ist, ist in der Tat etwas Ungewöhnliches innerhalb des Systems des Gesetzes. Es handelt sich dabei, wie oben ausgeführt, um eine Ausnahme, einen gesetzlichen Übergang eines zweiseitigen Schuldverhältnisses[19]), der unserem

---

14) Motive Band III, Seite 3.
15) Hesse a.a.O., Seite 8.
16) vgl. hierzu Fuld a.a.O., Seite 224; OLG. Celle, Rechtsspr., Band 17, Seite 393; so auch das KG., JW. 1925, Seite 2266.
17) Hesse a.a.O., Seite 224.
18) Mitteis a.a.O., Seite 61 ff.
19) Enneccerus Band II § 132 Anm. 1.

Recht fremd ist. Treffend bezeichnet das Reichsgericht[20]) die Vorschriften der §§ 571 ff. BGB als Bestimmungen beinahe dinglichen Charakters. Wenn das Reichsgericht[21]) sagt, daß das Recht des Mieters mit der Übergabe der Mietsache dem reinen Obligationenrecht entwachse, da Rechte und Pflichten nunmehr nicht nur zwischen den obligatorisch Verbundenen beständen, sondern jedermann das durch den Besitz erkennbare Mietrecht zu achten habe, so spricht es somit, wenn auch nicht mit den gleichen Worten, von der quasi-dinglichen Stellung des Mieters[22]).

Voraussetzung der quasi-dinglichen Stellung des Mieters ist die Besitzüberlassung des vermieteten Grundstücks. Dies ist jedoch nicht unbestritten, da über die Bedeutung des Begriffes „Überlassung" im Gesetz nichts Näheres bestimmt ist. Nach der herrschenden Lehre[23]) erfüllt die Überlassung des Besitzes an den Mieter juristisch die Funktion, gegenüber Dritten, vor allem dem Käufer, den untrüglichen Beweis zu liefern, daß der Mietvertrag schon vor der Veräußerung bestand. Der Besitz soll hier, wie so häufig, die Aufgabe erfüllen, nach außen hin eine rechtlich erhebliche Tatsache kenntlich zu machen[24]). Gegenüber dieser Auffassung steht die insbesondere von Jakobi[25]), Romeick[26]) und Schollmeier[27]) vertretene Ansicht, daß durch den Ausdruck „Überlassen" nur an eine Tätigkeit des Vermieters gedacht sei. Es genüge daher, daß der Vermieter dem Mieter das Grundstück zugewiesen, es ihm zur Verfügung gestellt habe. Diese Auslegung ist aber als juristisch unhaltbar abzulehnen.

Eine weitere Voraussetzung des quasi-dinglichen Rechts des Mieters im Falle des § 571 BGB ist nach dessen Wortlaut die Veräußerung an einen Dritten. Hierbei kann aber nicht das kausale Veräußerungsgeschäft das entscheidende sein, sondern erst die auf Grund des Veräußerungsgeschäftes erfolgte Eigentumsübertragung[28]). Das folgt schon mit zwingender Notwendigkeit aus § 571 BGB selbst, der im ersten Absatz von einer „Dauer des Eigentums" spricht. Noch deutlicher ersehen wir es aus den §§ 573—75 BGB, die den Ausdruck gebrauchen, „Zeit des Eigentumsübergangs" und aus § 576 BGB, der die einmal erfolgte Anzeige des Vermieters auch dann wirksam sein läßt, „wenn die Übertragung des Eigentums nicht wirksam ist."

---

20) RG vom 18. 3. 1921 in LZ 1921, Seite 431.
21) RG, Band 59, Seite 326.
22) vgl. hierzu bes. Jung, Bürgerl. Recht, Seite 889—90.
23) Frz. Leonhard, Schuldr. bes. Teil § 85; Crome a.a.O., Seite 1 ff.; Oertmann Bem. 1 zu § 571; Staudinger § 571 Anm. 1b; Planck zu § 571 Bem. 1d.
24) Denkschrift, Seite 77.
25) Jakobi, Seuff. Bl. für Rechtsanwendung, Band 72, Seite 813 und 1034.
26) Romeick, Zur Technik des BGB, Heft 2, Seite 65 ff.
27) Schollmeier a.a.O., Seite 76 Anm. 1.
28) Staudinger § 571 B. I, 1; Mittelstein a.a.O., Seite 651.

Nach dem Grundsatz „Hand wahre Hand" würde das obligatorische Recht des Mieters einem dinglichen Recht, welches der Vermieter als Eigentümer des Mietgrundstücks an diesem einem Dritten bestellt, weichen müssen. Die Rechtsgedanken, die der Vorschrift des § 571 BGB zu Grunde lagen, führten aber dahin, dem Mieter auch gegen den Erwerber eines dinglichen Rechts an dem Mietgrundstück, welches den ausschließlichen Gebrauch oder die Nutzung desselben dem Mieter entziehen würden, Rechtsschutz zu gewähren. So bestimmt § 577 S. 1 BGB, daß die §§ 571—76 BGB entsprechende Anwendung finden, wenn das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter vom Vermieter mit dem Rechte eines Dritten belastet wird, und dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch durch die Ausübung des Rechts entzogen wird[29]). Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift für den Mieter liegt in erster Linie darin, daß ihm hier ein unmittelbarer gesetzlicher Schutz gegen den Dritten zur Seite steht. Im einzelnen ist zu unterscheiden, ob es sich um ein Recht handelt, durch welches dem Mieter die Ausübung seines Rechts gänzlich entzogen wird, oder lediglich um ein solches, das nur eine Beschränkung in dessen Ausübung zur Folge hat. Fälle ersterer Art liegen vor, wenn der Vermieter einem Dritten ein Erbbaubrecht, ein Nießbrauch- oder Wohnungsrecht i. S. d. § 1093 BGB einräumt. Eine Kongruenz dieses Rechts mit dem Rechte des Mieters ist nicht möglich, die Ausübung des einen schließt die des andern aus, § 577 BGB, S. 1. Wird ein Recht bestellt, durch welches der Mieter in dem vertragsmäßigen Gebrauch nur beschränkt wird, so hat der Dritte die Ausübung des Rechts insoweit zu unterlassen, als dadurch der Mieter in dem vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigt würde. Z. B. ein Durchfahrtsrecht hindert den Mieter an der vollen Entfaltung seines Fuhrunternehmens; der Verpächter einer Wiese bestellt an dieser nachträglich eine Weidegerechtigkeit. Gegen den Dritten kann der Mieter in all solchen Fällen auf Unterlassung klagen, unbeschadet seines Schadenersatzanspruchs bezüglich des ihm durch die Verminderung seines vertragsmäßigen Gebrauchs entstandenen Schadens.

Konnte der Mieter sein Recht gegen freiwillige Verfügungen des Vermieters behaupten, so soll nunmehr untersucht werden, ob und wieweit dem Mieter in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Vermieters ein ähnlicher Schutz zur Seite steht.

Wird das vermietete Grundstück zwangsversteigert, so wird der Ersteher des Grundstücks durch den Zuschlag, der regelmäßig mit der Verkündung wirksam wird, Eigentümer desselben, § 90 ZVG. Grundsätzlich erlöschen mit dem Zuschlag sämtliche Rechte an einem Grundstück[30]), und es bedurfte schon einer besonderen Bestimmung, um das bestehende Mietverhältnis auch auf den Ersteher in der

29) Prot. II, Seite 159 ff.
30) § 91 Abs. 1 ZVG.

Zwangsversteigerung übergehen zu lassen. So wird denn durch § 57 ZVG bestimmt, daß auch hier die Vorschriften der §§ 571/72, der §§ 573 S. 1, 574 und 575 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung finden sollen, jedoch einschränkbar nach Maßgabe der §§ 57a und b ZVG. Demzufolge kann der neue Eigentümer einmalig, zu dem ersten zulässigen Termin, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist[31]) kündigen. Diese Vorschrift beschränkt den Schutz des Mieters in erheblichem Maße zu Gunsten des Erstehers, um dadurch zu vermeiden, daß der Erlös eines auf lange Jahre hinaus vermieteten Grundstücks nicht zu sehr hinter dem wirklichen Wert zurückbleibt, da in den meisten Fällen der Kauflustige ein Interesse daran hat, selbst in den uneingeschränkten Genuß des Grundstücks zu kommen. Mit der Kündigungsmöglichkeit ist aber auch den Gläubigern des alten Eigentümers gedient, sodaß eine Einschränkung des Schutzes des Mieters mit Rücksicht auf diese unumgänglich ist. Daneben besteht für den Mieter doch noch eine Aussicht, das Kündigungsrecht des Erstehers auszuschließen. Hat nämlich der Eigentümer vor der Einleitung der Zwangsvollstreckung den Besitz des vermieteten Grundstücks überlassen[32]), so gilt der Mieter, sofern er sein Recht bei dem Zwangsvollstreckungsgericht anzeigt und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft macht, als Beteiligter (§ 9 ZVG) und ist zum Versteigerungstermin zu laden. Dort, oder auch vorher, kann er eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung der Versteigerungsbedingungen, namentlich Ausschluß des Kündigungsrechts des Erstehers beantragen. Sofern nicht feststeht, ob das Recht eines anderen Beteiligten durch die beantragte Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften beeinträchtigt wird, muß dann regelmäßig das Grundstück mit der verlangten Abweichung und ohne sie ausgeboten werden, § 59 ZVG.

Gerät der Vermieter in Konkurs und war die Mietsache dem Mieter zur Zeit der Konkurseröffnung bereits übergeben, so bleibt der Vertrag auch der Konkursmasse gegenüber in Kraft, § 21 I KO. Ebenso ist es auch bei der Zwangsverwaltung, in der der Mietvertrag dem Verwalter gegenüber wirksam ist, § 152 Abs. 2 ZVG. Die Veräußerung durch den Konkursverwalter hat dieselbe Wirkung wie die in der Zwangsvollstreckung; jedoch ist hier der Zeitpunkt der Veräußerung, und nicht der der Beschlagnahme maßgebend[33]).

31) d. i. die Kündigungsfrist des § 565, Abs. 4 i. V. m. § 565 Abs. 1 BGB.
32) wie oben. Der maßgebende Zeitpunkt ist die Beschlagnahme, § 57b ZVG.
33) § 21 KO.

Das quasi-dingliche Recht des obligatorisch berechtigten Besitzers einer beweglichen Sache.

Wurde bisher nur von dem besitzenden Mieter von Immobilien und seinem Schutz gegen die Veräußerung und Belastung des Mietgegenstandes gesprochen, so soll nunmehr geprüft werden, welche Stellung der Besitzer einer beweglichen Sache gegenüber dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Eigentümers hat.

Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache bedarf es im Regelfall der Einigung des Eigentümers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang und der Übergabe der Sache, § 929 BGB. Diese Übergabe kann nach § 931 BGB., wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist, dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. In gleicher Weise kann nach § 1032 S. 2 BGB (gem. der Verweisung auf § 931) der Eigentümer einer beweglichen Sache einen Nießbrauch an derselben durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruches bestellen und ähnlich nach § 1205 BGB ein Pfandrecht durch Einigung und Übertragung des mittelbaren Besitzes unter Anzeige an den Besitzer. Denn die Übertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt nach § 870 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Der neue Berechtigte wird also auf Grund der Einigung, bzw. beim Pfandrecht unter Hinzutritt der Anzeige an den Besitzer unmittelbarer Eigentümer, Nießbraucher oder Pfandgläubiger. Als solcher könnte er nunmehr kraft seines dinglichen Rechts und Anspruchs von dem Besitzer der beweglichen Sache Herausgabe des Gegenstandes verlangen, § 985 BGB. Da sich der Erwerb der dinglichen Rechte anders als im ersten Entwurf[1]), ohne Zustimmung des Besitzers vollzieht, so mußte man, um ihn vor dieser Verschlechterung seiner Lage zu schützen, eine Vorschrift erlassen, durch welche er auch dem neuen dinglich Berechtigten sein Gebrauchsrecht entgegenhalten konnte. Deshalb greift hier zu Gunsten des obligatorisch berechtigten Besitzers die Vorschrift des § 986 Abs. 2 BGB ein und verleiht ihm das Recht gegen den Herausgabeanspruch des Erwerbers dieselben Einwendungen geltend zu machen, die ihm gegen dessen Rechtsvorgänger zustanden. Aber nicht nur der obligatorisch berechtigte Besitzer, also der Mieter, Pächter, Verwahrer usw. hat dieses Recht aus § 986 Abs. 2 BGB, sondern jeder Besitzer, der gutgläubige wie der bösgläubige, mag er auf Grund eines Titels besitzen oder nicht, wenn er nur aus irgend einem Grunde dem ursprünglichen Eigentümer zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt ist[2]). Daraus folgt, ebenso wie aus dem Klagerecht des früheren Besitzers aus § 1007 BGB, daß auch der Schutz des gegenwärtigen Besitzes aus § 986 Abs. II BGB nicht

1) Motive III, Seite 96 ff.
2) Crome a.a.O., Seite 43; Gierke a.a.O., Seite 43.

auf einer Verdinglichung aller zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse beruht, sondern, daß allein der Besitz es ist, der die Stellung all dieser genannten Personen verstärkt, ihnen eine quasi-dingliche Stellung[3]) gibt, während das dingliche Recht des Erwerbers durch das Fehlen des Besitzes in seiner vollen Entfaltung gehindert wird[4]). Verliert der Mieter, um bei ihm zu bleiben, den Besitz in einer Weise, daß er ihn durch seine Besitzklage nicht wieder zu erlangen vermag, so ist es um seine Machtstellung geschehen. Denn nur ein Verteidigungsmittel für den gegenwärtigen Besitz, nicht aber eine Klage auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes gewährt ihm § 986 Abs. II BGB[5]). Sehen wir indessen davon ab, daß der Schutz des Gebrauchsrechts des Mieters seinen Grund allein im Besitz hat, so müßte es wenigstens, um als Beweis für die Dinglichkeit der Miete dienen zu können, Schutz gegen jedermann gewähren. Dies ist aber nicht der Fall. Dem Dritten gegenüber liegt aus denselben Gründen, wie wir sie schon für die Grundstücksmiete dargelegt haben, ein Bedürfnis für selbständigen Schutz des Mieters nicht vor[6]).

Der Erwerber der Mietsache tritt jedoch nicht wie bei der Grundstücksmiete in das gesamte Vertragsverhältnis ein[7]). So gehen die Rechte des Vermieters, insbesondere der Anspruch auf den Mietzins, nicht auf ihn über. Er hat nur die eine Pflicht, dem Mieter die Sache so lange zu belassen, als der Vermieter auf Grund des Vertrages verpflichtet war. Gerade der Umstand, daß der Vermieter einer beweglichen Sache trotz der Veräußerung berechtigt und verpflichtet bleibt, bezeugt, daß die Miete kein dingliches Recht an der Sache gewährt, sondern nur ein persönliches Verpflichtungsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter hervorruft. Darüber hinausgehend ist allerdings die Stellung des Mieters im Falle der Übertragung des Eigentums gemäß § 931 BGB, wie schon gesagt, eine quasi-dingliche.

Das Anfallsrecht des fruchtziehungsberechtigten Pächters auf Grund der Aneignungsgestattung.

Bevor wir zu dem Fruchtziehungsrecht des Pächters gelangen, sei erst einmal etwas Grundsätzliches über den Erwerb von Früchten an einer Sache vorausgeschickt.

In den Fällen der §§ 953—957 BGB behandelt das Gesetz den Erwerb von Früchten und sonstigen Bestandteilen einer Sache. Dieser gründet sich einerseits auf ein absolutes Recht, das an der Hauptsache besteht, wie Eigentum und Nießbrauch; andererseits

3) Jung, Bürgerl. Recht, Seite 889—90.
4) Crome a.a.O., Seite 48; Mittelstein a.a.O., Seite 215.
5) Gierke a.a.O., Seite 69.
6) Crome a.a.O., Seite 69.
7) Mittelstein a.a.O., Seite 215; Crome a.a.O., Seite 73.

auf ein Aneignungsrecht des obligatorisch Berechtigten. Der dinglich Berechtigte erwirbt das Eigentum kraft seines dinglichen Rechts stets mit der Trennung[1]) auf Grund seines dinglichen Anfallrechtes, während der obligatorisch Berechtigte dieses, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, andernfalls erst mit der Besitzergreifung erlangt. Die Art und Weise aber, wie dieser Eigentumsübergang juristisch zu erklären ist, ist bestritten.

Im römischen und gemeinen Recht sah man den Frucht- und Bestandteilserwerb des obligatorisch Berechtigten lediglich als Traditionserwerb an. Die Motive zum BGB[2]) schlossen sich dieser Auffassung an. Sie sehen in dem Gewähren, oder wie es heute heißt, in der Gestattung, ebenfalls einen Übereignungsantrag, der von dem Gestattungsempfänger durch die Innehabung des Sachbesitzes bis zur Trennung, bzw. durch die Besitzergreifung des Bestandteils stillschweigend angenommen wird. Im Gegensatz zu dieser Ansicht, die im wesentlichen auch heute noch die herrschende ist, glaubten jedoch andere Schriftsteller den Traditionsgedanken verwerfen zu müssen. Ihrer Meinung nach geschieht der Eigentumserwerb an den Bestandteilen beim ersten Tatbestand des § 956 BGB, wenn der Sachbesitz einmal überlassen und die grundsätzlich unwiderrufliche Gestattung erteilt ist, jetzt unabhängig von dem Willen des gestattenden Eigentümers oder sonstigen Berechtigten, wie insbesondere § 956 I S. 2 beweist, wonach eine Willensänderung des Eigentümers usw. für den Anfall der Frucht bedeutungslos ist, und sie können in der bloßen Trennung keine Übergabe der Bestandteile mehr sehen. Nach ihnen vollzieht sich der Eigentumsübergang in § 956 BGB wie folgt: Der Gestattungsempfänger erhält beim ersten Tatbestand des § 956 BGB durch die Gestattung ein Anfalls- oder Anwartschaftsrecht und beim zweiten ein Aneignungsrecht, wonach das Eigentum an den Bestandteilen übergeht[3]). So entstand die Anwartschaftstheorie im Gegensatz zur Übereignungstheorie.

Die Vertreter der Traditionstheorie[4]) sehen die Übereignungsofferte in der Aneignungsgestattung; die Annahme sieht ein Teil von ihnen[5] in der Besitzergreifung der Hauptsache, während andere[6]) die Annahme in der Trennung der Frucht sehen, obwohl diese Trennung auch durch Naturkräfte, ganz ohne Mitwirkung des Fruchtziehers, ebenso wirksam erfolgen kann. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich um eine Übereignung zukünftiger Sachen. Dazu ist zu sagen, daß das Gesetz eine Einigung über zukünftige Sachen

1) § 954 BGB
2) Motive Band 3, Seite 368.
3) M. Wolff, SR § 77 IV; v. Gierke II, Seite 592/93.
4) Staudinger a.a.O. zu § 956; Planck a.a.O. zu § 956.
5) Biermann SR zu § 956; Planck a.a.O. zu § 956; Kohler a.a.O. zu § 956.
6) Kreß a.a.O.

gemäß §160/61 BGB zuläßt, sodaß sich Bedenken gegen die Traditionstheorie, daß es sich um eine Übereignung nicht existenter Sachen handele, nicht ergeben. Wenn auch die Übereignung einer zukünftigen Sache zulässig ist, so muß aber doch gefordert werden, daß es sich dabei um ein fest bestimmtes Objekt handelt. Dieses ist bei Früchten häufig nicht der Fall; entstehen doch häufig als Früchte einer Sache Gegenstände, an die kein Vertragschließender bei Abschluß des Vertrages gedacht hat und auch nicht denken konnte. Obligatorisch mag man einen Vertrag mit unbestimmtem, jedoch bestimmbarem Inhalt zulassen, daß alle Früchte einer Sache einem Berechtigten gehören sollen; für einen dinglichen Übereignungsvertrag hingegen muß unbedingt gefordert werden, daß das Objekt fest bestimmt ist.

Zur Begründung ihrer Traditionstheorie beruft sich die herrschende Ansicht weiterhin auf die Bestimmung im § 956 im BGB, wonach der Widerruf der Gestattung bei überlassenem Besitz in § 956 ausgeschlossen sei. Dem liege der Gedanke der Unwiderruflichkeit der Traditionsofferte zu Grunde. M. E. spricht aber gerade dieses Argument gegen die Übereignungstheorie; denn es ist nicht einzusehen, warum die Unwiderruflichkeit der Traditionsofferte, die in § 145 BGB normiert ist, in § 956 BGB noch einmal ausgesprochen werden mußte. Wenn v. Blume[7]) meint, es handele sich hierbei um eine überflüssige Wiederholung eines allgemeinen Grundsatzes, so ist das ein offenbares Mißverständnis, das allerdings durch die ungeschickte Ausdrucksweise des Gesetzes nahegelegt ist. Selbstverständlich ist freilich, daß der Gestattende schuldrechtlich, d. h. dem Fruchtzieher gegenüber, dem er die Aneignung gestattet hat, nicht widerrufen kann. Die Bestimmung will aber einfach nur folgendes sagen: „der dingliche Eigentumsanfall der Früchte soll nach der Überlassung des Besitzes an der Muttersache nicht durch eine völlig unbefugte Zurücknahme der Gestattung verhindert werden[8])." Ohne diese Bestimmung würde man aber sagen müssen, die Zustimmung müsse dauernd vorliegen, also im maßgebenden Augenblick der Trennung. Wie stellt man sich andererseits nach der Übereignungstheorie die Rechtsgültigkeit der fingierten Annahme der Übereignung in dem Falle vor, wenn der Berechtigte, wie das Gesetz bestimmt, bei überlassenem Besitz mit der Trennung Eigentum erwirbt, auch wenn er zu dieser Zeit geschäftsunfähig ist? Oder, wie will man die Annahme der Übereignung fingieren, wenn die Trennung durch ein Naturereignis erfolgt, wodurch nach dem Gesetz dem Berechtigten das Eigentum auch verschafft wird, ohne sein Wissen und gegen seinen Willen?

Aus all diesen Gründen müssen wir zu einer Ablehnung der

---

7) v. Blume in Iherings Jahrb., Band 39, Seite 462.
8) Jung, Willensänderung des Besitzmittlers im „Recht" 1919, Seite 353.

Traditionstheorie gelangen. In § 956 BGB wird vielmehr ein dingliches Anfallsrecht begründet[9]). Es handelt sich dabei um eine sachenrechtliche Wirkung des Besitzes[10]). Schon der Wortlaut des § 956 BGB deutet auf ein besonderes Recht hin, das diese Vorschrift schafft. Der Berechtigte erwirbt das Eigentum an der Frucht nicht, weil der Eigentümer gestattet, auch nicht, weil er sich die Frucht aneignet, sondern der Erwerb tritt kraft Gesetzes ein, weil der Berechtigte besitzt. Die Gestattung ist lediglich eine Voraussetzung des Erwerbs.

Auch die Stellung der Vorschriften über den Fruchterwerb in der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs spricht in erheblichem Maße für einen originären[11]) und gegen einen derivativen Erwerb. Im III. Buch, dritter Abschnitt, dritter Titel, wird der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen behandelt, der sich aus der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums und dem Erwerb durch Ersitzung zusammensetzt. Daran schließt sich in den §§ 946—952 der Erwerb durch Verarbeitung; und nach den Bestimmungen über den Fruchterwerb folgt als letzte Erwerbsart die Aneignung herrenloser Sachen. Aus dieser Anordnung erhellt eindeutig, daß in dem Gesetz ein scharfer Trennungsstrich zwischen originärem und derivativem Erwerb gezogen wurde. Nichts spricht dafür, daß aus der fortgesetzten Reihe der originären Erwerbsarten die Bestimmungen über den Fruchterwerb, oder einzelne derselben, eine Ausnahme bilden sollten.

Das Ergebnis der Betrachtungen über den Fruchterwerb des obligatorisch Berechtigten ist demnach, daß dieser, wenn er sich im Besitz der Muttersache befindet, das Eigentum an der Frucht auf Grund eines dinglichen Anfallrechtes originär erwirbt.

Durch das dingliche Anfallsrecht des Nutzungsberechtigten können wir aber nicht zu dem Schluß gelangen, daß die der Gestattung zugrunde liegende Pacht ein dingliches Recht sei. Wozu brauchten wir in diesem Falle das Rechtsinstitut des Nießbrauchs überhaupt noch? Nein, die rechtliche Natur der Pacht ist grundsätzlich obligatorischer Art und deckt sich mit dem, was wir weiter oben von der Miete gesagt haben. Wie dort, so ist auch hier die Stellung des fruchtziehungsberechtigten Pächters eine quasi-dingliche. Dies zeigt sich besonders in dem Schutz der ihm allenthalben zuteil wird. Nach § 571 BGB wirkt das obligatorische Recht des Pächters auch gegen den neuen Eigentümer, wenn ihm der Besitz der Muttersache vor der Veräußerung überlassen war. Mit

---

9) Cosack a.a.O. zu § 956 BGB.
10) M. Wolff, S.R. § 77; Gierke, S.R., Seite 592.
11) Jung, Der Fruchterwerb des scheinberechtigten Besitzers. Das Recht 1920 Seite 57 ff.

Bunsen[12]) und Wolff[13]) können wir nur sagen: „ist die Gestattung der Aneignung unwiderruflich, so ist nicht nur der Gestattende, sondern auch sein Rechtsnachfolger gebunden.“ Ebenso haben zum Schutze des Pächters die Vorschriften des § 577 BGB entsprechende Anwendung zu finden. Derselbe Rechtsgedanke findet sich auch in einzelnen Bestimmungen des Zwangsversteigerungs- und Konkursrechts wieder. In § 21 Abs. 3 ZVG heißt es nämlich, daß das Recht des Pächters von der Beschlagnahme nicht berührt wird, ferner in § 152 Abs. 2 ZVG., daß der Pachtvertrag, wenn das Grundstück vor der Beschlagnahme dem Pächter überlassen ist, auch dem Verwalter gegenüber wirksam ist. Schließlich sei zum Schluß noch darauf hingewiesen, daß gemäß § 21 KO. ein Pachtvertrag, den der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens geschlossen hatte, der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, wenn der Gegenstand vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen worden war.

Die Jagd- und Fischereipacht.

In folgendem sollen nunmehr die Rechte der Jagd- Fischerei- und Bergwerkspächter untersucht werden, insbesondere soll dargetan werden, daß auch ihnen eine quasi-dingliche Stellung zuzuerkennen ist. Ihre Hauptrechte leiten sie gemeinsam einer Aneignungsbefugnis ab, die in Bezug auf ihre Rechte ausschlaggebend ist. Da das Jagd- und Fischereirecht im großen und ganzen die gleichen Probleme aufweist, wollen wir, um Überflüssiges zu vermeiden, uns in der Hauptsache auf das Recht des Jagdpächters beschränken, dabei aber auf das des Fischereipächters verweisen, während im Anschluß daran das Recht des Bergwerkspächters behandelt werden soll.

Der § 3 des Reichsjagdgesetzes vom 3. Juli 1934 steht einer zeitweiligen Überlassung des Jagdrechts an den Jagdpächter nicht entgegen. Durch diesen Paragraphen sollte im Einklang mit dem § 2 der preußischen Jagdordnung von 1907 nur vermieden werden, daß eine dingliche Gebundenheit des Jagdrechts auf fremden Boden stattfinden konnte. Vielmehr weisen die §§ 12 ff. Reichsjagdgesetz darauf hin, daß eine Verpachtung der Jagd wünschenswert ist.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Jagdrecht und Jagdausübungsrecht. Das Jagdrecht ist gemäß § 3 Reichsjagdgesetz untrennbar mit dem Eigentum an Grund und Boden verbunden. Demnach kann das Jagdrecht als solches überhaupt nicht übertragen werden[1]), sondern nur die einzelnen im Jagdrecht enthaltenen Befugnisse.

12) Zur Lehre von den getrennten Erzeugnissen, Archiv für Bürgerl. Recht, Band 29, Seite 11.
13) S.R. § 77.
1) Dem Verpächter bleibt ein ruhendes Recht, ein nudum jus, vgl. §§ 1656 Abs. 2, 1657, 1677/78 BGB.

Der Jagdpachtvertrag ist eine besondere Art des Pachtvertrages des Bürgerlichen Gesetzbuches (581 ff.). Insoweit das Gesetz abweichende Bestimmungen nicht enthält, finden die Vorschriften des BGB Anwendung[2]). Die verschiedenen Abweichungen von dem Pachtrecht des BGB beruhen auf den besonderen Bedürfnissen der Jagdpflege[3]).

Das Jagdausübungsrecht des Pächters enthält das ausschließliche Recht innerhalb eines bestimmten Bezirks, die jagbaren, d. h. die durch Gesetz[4]) für jagbar erklärten Tiere durch Aneignung zu erwerben, sowie das Recht, das dieser Betätigung mittelbar dienenden Hegens des Wildbestandes[5]). Die Aneignung, eine originäre Erwerbsart, vollzieht sich gemäß § 958 Abs. 1 BGB, der bestimmt, daß derjenige, der eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, an dieser Eigentum erwirbt. Die Begründung des Eigenbesitzes erfolgt, wie die Inbesitznahme überhaupt, durch Erlangung der tatsächlichen Herrschaft gemäß § 854 Abs. 1 BGB.

Ein anderer, der ohne eine Jagdausübungsbefugnis zu besitzen, jagt und Tiere erlegt, kann an diesen kein Eigentum erwerben, da er das Aneignungsrecht des Jagdausübungsberechtigten, nämlich des Pächters, verletzt, § 958 Abs. 2 BGB. Selbst der Verpächter, der Inhaber des ruhenden Jagdrechts, jagt, wenn er während der Dauer der Pacht des Pächters die Jagd ausübt als Unberechtigter und macht sich nach § 292 StGB strafbar[6]). Können wir auf Grund dieser Erkenntnis nicht etwas positives gewinnen?

Gehen wir noch einmal davon aus, daß der Verpächter sich kein Wild mehr aneignen darf, ja überhaupt nicht mehr aneignen kann, so sehen wir, daß dem Können des Pächters ein Nichtkönnen des Verpächters entspricht. Also ein Nichtkönnen und nicht ein bloßes Nichtdürfen ist die Wirkung der Jagdpacht. Wir sehen hieran, daß das Recht des Pächters mehr als ein reines Forderungsrecht ist. Wäre es nur ein solches, so müßten die Anhänger dieser Ansicht folgerichtig sagen, daß der Verpächter zwar kein Wild mehr erbeuten dürfe, daß er es aber wohl noch könne. Das Nichtkönnen des Verpächters entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie wir schon weiter oben in dem ähnlichen Fall des § 956 BGB festgestellt haben. Auch dort konnte der Verpächter eines Grundstücks das Eigentum an den Erzeugnissen während der Pachtzeit nicht erwerben.

Sehen wir uns das Recht des Jagdpächters auch einmal von einer anderen Seite aus an. Dazu möge der Fall der Doppelpacht des von dem Reichsgericht erledigten Streites dienen[7]). In diesem

---

2) Heintzeler a.a.O., Seite 25.
3) vgl. §§ 12 und 13 Abs. 1 Reichsjagdgesetz.
4) § 2 Reichsjagdgesetz.
5) § 4 Reichsjagdgesetz.
6) Franck a.a.O., § 292 StGB.
7) RG, Band 41, Seite 435.

Prozeß, der eine Feststellungsklage des ersten Jagdpächters gegen den zweiten zum Gegenstande hatte, war in der Vorinstanz entschieden worden, daß jede Partei nur einen obligatorischen Anspruch auf Duldung der Jagdausübung gegen den Verpächter habe, zwischen den Pächtern selbst ein Rechtsverhältnis aber nicht bestehe; somit fehle es an der Voraussetzung für eine Feststellungsklage. In der gegen dieses Urteil eingelegten Revision wandte sich das Reichsgericht gegen diese Auslegung des Landgerichts und betonte, daß der erste Pächter nicht bloß den obligatorischen Anspruch auf Gestattung der Jagdausübung gegen den Verpächter, sondern für die Jagdzeit das Jagdrecht erworben habe, und zwar ein quasidingliches Recht, bestehend in der ausschließlichen Befugnis zur Verfolgung und Aneignung des Wildes in dem ihm verpachteten Jagdbezirk. Da beide Parteien kollidierende Nutzungsrechte an demselben Gegenstand beanspruchten, sei die Feststellungsklage zulässig.

Diesen Ausführungen des Reichsgerichts ist unbedingt zuzustimmen. Die Wirkung des Jagdpachtrechts trägt nach außen hin zweifellos dinglichen Charakter. Der Pächter hat wie schon gesagt, die ausschließliche Befugnis zur Verfolgung und Aneignung des Wildes. Jeder andere ist gehalten, diesen Rechtskreis nicht zu verletzen. Der Pächter ist zu den jagbaren Tieren bereits in ein Verhältnis getreten, das man zwar nicht Eigentum nennen kann, das aber andere schon hindert, sich die noch herrenlosen Tiere anzueignen, § 958 Abs. 2 BGB.

Ein subjektives Recht kennzeichnet man nach dem Inhalt, nach seinem Gegenstand, und nach dem, was man seinen Schutz nennt. Von letzterem soll in Folgendem die Rede sein.

Das Jagdrecht des Eigentümers ist ein absolutes Recht in dem Sinne, daß es gegen jedermann geschützt wird[8]). Zum Schutze des Jagdrechts besteht eine allgemeine Unterlassungspflicht, der nach meiner Auffassung ein allgemeiner Unterlassungsanspruch entspricht. Dieser ist dinglich und setzt daher ebensowenig wie der ihm verwandte Vindikationsanspruch ein Verschulden des anderen Teils voraus. Dem Eigentümer des Jagdrechts steht bei schuldhafter Verletzung seines Jagdrechts daneben noch ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 zur Seite; denn es kann nicht daran gezweifelt werden, daß das Jagdrecht ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 ist.

Wie verhält es sich nun mit dem Schutz des jagdausübungsberechtigten Pächters? Die Vorschriften über den Jagdschutz[9]) im Reichsjagdgesetz sind nur gewisse Befugnisse polizeilichen Charakters und haben zivilrechtlich für den Jagdpächter keinerlei Bedeutung.

8) Oertmann § 823 Anm. 3 f.; Ebner, Gruchots Beitr., Band 55, S. 742 ff.; Raape, Iherings Jhrb., Band 74, Seite 179 ff.
9) § 39 Abs. 5 und § 40 Reichsjagdgesetz.

Kommen für ihn aber die Vorschriften über den Besitzschutz gemäß §§ 861 und 862 BGB in Betracht?

Selbstverständlich ist es, daß jede Jagderlaubnis auch eine Befugnis enthält, das Jagdgrundstück zu betreten. Denn ohne diese ist eine ordnungsgemäße Jagdausübung schlechthin unmöglich. Es fragt sich aber, ob das Recht des Jagdpächters soweit geht, daß er damit Besitz oder wenigstens Mitbesitz an dem Grundstück erworben hat. Hierzu ist mit der weitaus herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung zu sagen, daß der Jagdpächter in den Normalfällen des täglichen Lebens weder Besitz noch Mitbesitz an Jagdgrundstück hat[10]). Daraus folgerte man dann, daß der Jagdpächter im Falle der Veräußerung sein Recht gegen den Erwerber nicht geltend machen könne, da ihm, wie § 571 BGB es verlangt, der Besitz an dem Grundstück nicht überlassen ist. Heute finden im Falle der teilweisen oder ganzen Veräußerung eines Eigenjagdbezirks kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 16 Reichsjagdgesetz die Vorschriften der §§ 571 ff. BGB entsprechende Anwendung. Aus dieser Bestimmung des Reichsjagdgesetzes geht einwandfrei hervor, daß der Jagdpächter keinen Besitz an dem Grundstück hat, sonst wäre diese Vorschrift im § 16 Reichsjagdgesetz nicht notwendig gewesen. Weiter können wir hieraus ersehen, daß Gegenstand der Jagdpacht nicht das Grundstück ist, sondern das Jagdausübungsrecht. Trotzdem nehmen noch vereinzelt Schriftsteller an, daß das Grundstück verpachtet würde[11]). Dies ist aber völlig abwegig. Wie man den Inhalt eines Rechts nach seinen wichtigsten Bestandteilen bestimmt, so muß man auch, wie mir scheint, als Gegenstand desselben dasjenige bezeichnen, auf das es sich vornehmlich bezieht. Die wichtigste Befugnis des Jagdausübungsberechtigten ist nun einmal das Recht der ausschließlichen Aneignung des Wildes und nicht ein Recht an dem Grundstück[12]).

Wir haben festgestellt, daß der Jagdpächter — ebenso verhält es sich auch mit dem Fischereipächter[13]) — weder Besitz noch Mitbesitz am Grundstück hat und kommen so zu dem Ergebnis, daß die Besitzschutzklagen für den Jagd- bzw. Fischereipächter nicht gegeben sind, da der Pächter keine Sache, sondern ein Recht besitzt. Könnte aber nicht eine analoge Anwendung der Besitzschutzbestimmungen in Frage kommen? Dazu ist zu sagen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Rechtsbesitz nur bei der Grunddienstbarkeit (§ 1029) und bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090) kennt. Dies be-

---

10) RG. 70, 70; Band 98, Seite 102; Band 51, Seite 280; Ebner a.a.O., Seite 88 und 94; Lange, Gruchots Beitr., Band 69, Seite 311.

11) Frommhold in Iherings Jahrb., Band 53, Seite 194 ff.; v. Seeler a.a.O., Seite 343; Ebner Gruchots Beitr., Band 55, Seite 741/42.

12) RG. Band 70, Seite 70; 41, Seite 345 ff.; 52 Seite 279 ff. „Recht" 1908, Seite 551.

13) RG in JW 1915, Seite 1428; Recht 1911 Nr. 2879; OLG Band 38, Seite 133; Seuff. Arch., Band 60, Seite 436.

deutet aber eine ausschließliche Regelung des Rechtsbesitzes und seines Schutzes[14]), und der Gedanke, dem Pächter in rechtsähnlicher Anwendung über den Besitzschutz, Schutz seines Rechtbesitzes gegen Störungen Dritter zu gewähren, ist deshalb abzulehnen.

Einen unmittelbaren Schutz des Jagdpächters ermöglicht § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 292 StGB. Hierbei steht unzweifelhaft fest, daß § 292 StGB einerseits ein Schutzgesetz ist, andererseits aber nicht nur den Eigentümer als Inhaber des Jagdrechts im engeren Sinne, sondern auch den Inhaber einer vom Jagdberechtigten abgeleiteten Jagdbefugnis schützt[15]). Dieser Schutz ist für den Jagdpächter jedoch nur von geringem Wert, gibt er ihm doch nur einen Schadensersatzanspruch, noch dazu nur bei vorsätzlichem Handeln[16]). Der Schutz des Jagdpächters wird jedoch auch in der Hauptsache auf einen selbständigen Unterlassungsanspruch gehen. Es ist daher zu prüfen ob nicht aus § 823 BGB i. V. m. § 292 StGB ein solcher Unterlassungsanspruch hergeleitet werden kann.

Schrifttum und Rechtsprechung über die Unterlassungsklage haben uns verschiedene Wege dafür gewiesen[17]). Ausgangspunkt dieses Anspruchs sind die §§ 823 ff. BGB. Diese sprechen, indem sie die Beseitigung des Schadens fordern, zugleich die Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung aus. In dem Befehl der Schadensbeseitigung steckt zugleich auch der Befehl der Schadensunterlassung, oder mit anderen Worten, mit der Ersatzpflicht ist zugleich eine Unterlassungspflicht ausgesprochen[18]). Wenn der Schluß von der Pflicht auf den Anspruch auch nicht immer zulässig sein wird, so stehen ihm doch hier keinerlei Bedenken entgegen. Auch die Ansicht derer, die eine Unterlassungsklage dann nicht für gegeben erachten, wenn die zu unterlassende Handlung mit Strafe bedroht ist, ist nicht durchschlagend. Daß die öffentliche Strafandrohung nicht ausreicht, zeigt ja bereits im Einzelfall die Zuwiderhandlung.

§ 292 StGB verbietet nicht schlechtweg jeden Eingriff in das Jagdrecht, sondern nur den im unbefugten Jagen bestehenden. Über die Auslegung des Begriffs „Jagen“ herrscht Streit. Manche verstehen hierunter die Vornahme, der dem Jagdberechtigten in Bezug auf die Inbesitznahme des Wildes zustehenden Jagdbefugnisse[19]). Ziebarth[20]) geht jedoch weiter und bezeichnet jeden schädigenden

---

14) Jung, Bürgerl. Recht § 216; Staudinger § 854 Anm. III 2; anders M. Wolff, S. R. § 80 Anm. 6.
15) RGSt., Band 22, Seite 251.
16) § 292 StGB.
17) Eltzbacher a.a.O.; RG., Band 48, Seite 114 und Band 82, Seite 60; Dernburg, Bürgerl. Recht Band II, 2 § 388a; Übersicht über die Meinungen: Ulbrich, Iherings Jahrb., Band 64, Seite 161 ff.
18) Diesen Weg schlug auch das RG, Band 48 Seite 111 ein, verließ ihn aber bald wieder.
19) RG, Band 14, Seite 419 u. LZ, Band 21, Seite 63.
19) RG, Band 14, Seite 419 und LZ., Band 21, Seite 63.
20) Ziebarth, Forstrecht Seite 387.

Eingriff in das Jagdrecht als „Jagen", während Franck[21]), einschränkend, Gefährdung des Wildes oder des Wildbestandes verlangt.

Wie man es aber auffassen möge, stets wird es Fälle der Verletzung des Jagdrechts geben, die nicht strafbar sind. Es ist z. B. nicht angängig, ein wiederholtes Befahren eines Jagdgeländes für strafbar im Sinne von § 292 StGB zu erklären. Zivilrechtliche und strafrechtliche Verletzungen decken sich eben nicht. Das Strafrecht will Sühne für eine bereits begangene schuldhafte Handlung, die Unterlassungsklage dagegen will drohende, zukünftige, lediglich objektiv widerrechtliche Eingriffe verhüten. Die begründete Besorgnis solcher Eingriffe erzeugt also hier das Rechtsschutzbedürfnis, nicht das etwaige Fehlen oder Vorhandensein strafrechtlichen Schutzes. Der strafrechtliche Schutz dient daher regelmäßig nur zur Verstärkung des geschützten Rechtsgutes, er hinkt wie der Ersatzzwang immer nur nach; er ist nie Erfüllungszwang.

Wir können daher als Ergebnis festhalten: die Norm, die zu Gunsten des Pächters jede Störung seiner Befugnisse bei Androhung von Strafe (§ 292 StGB) und Schadensersatzpflicht (§ 823 Abs. 2 BGB) verbietet, will den Pächter nicht nur schützen, d. h. begünstigen, sondern auch berechtigen. Diese Berechtigung erhält er in Gestalt eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs gegen jedermann[22]).

Können wir aber nicht auch auf einem anderen Wege zu diesem Ergebnis gelangen? Kann man nicht das Jagdausübungsrecht des Pächters zu den „sonstigen Rechten" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zählen und ihm somit den Schutz dieser Vorschriften zuteil werden lassen? Die Bedeutung der Worte „sonstiges Recht" ist außerordentlich bestritten und im hohen Grade zweifelhaft. Unzweifelhaft ist jedoch, daß die absoluten, d. h. gegen jedermann geschützten Rechte hierzu gehören[23]). Unter § 823 Abs. 1 BGB muß auf jeden Fall das dem Jagdrecht entspringende ausschließliche Aneignungsrecht fallen[24]). Stellen wir uns doch einmal den Fall vor, der Pächter habe einen Anspruch gegen einen Wilderer, der ein Stück Wild erlegt hat. Wäre sein Jagdausübungsrecht kein „sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, so wäre er er nur auf dem Umweg über den Pachtvertrag gegen den Dritten geschützt. Man wird ihm ein Recht gegen den Verpächter auf Abtretung des, diesem gegen den Wilderer zustehenden Anspruchs zubilligen müssen. Man wird aber, von anderen Einwänden gegen die

21) Franck a.a.O., § 292 Anm. N II 2.
22) Raape, Aneignungsüberlassung a.a.O., Seite 217.
23) Staudinger § 823 II A e; RG. Band 57, Seite 353 ff.; RG, Band 39, Seite 429 ff.; JW 1922, Seite 233.
24) Raape, Aneign. Überl. a.a.O., Seite 179 ff.; Eccius in Guchots Beitr., Band 53, Seite 12; Seuff. Archiv. Band 61, Seite 400.

Unzulänglichkeit dieser Art des Schutzes ganz abgesehen, nicht verkennen dürfen, daß der Verpächter selbst des Aneignungsrechts entbehrt, es also oft an dem abzutretenden Anspruch fehlen wird.

Nicht nur die Zweckmäßigkeit, sondern auch die historische Entwicklung spricht dafür, das Recht des Jagdausübungsberechtigten in seiner Wirkung nach außen hin als ein absolutes Recht anzusehen. Das gleiche hat für die Fischerei zu gelten.

Der praktische Gewinn ist folgender: der Jagdpächter, und ebenso der Fischereipächter kann auch wegen fahrlässiger Verletzung seines Aneignungsrechts auf direktem Wege Schadensersatz verlangen.

Die Bergwerkspacht.

Nach römischem und älterem deutschem Recht galt die volle Bergbaufreiheit[1]). Der Grundeigentümer war der freie und alleinige Herr der in seinem Grundstück lagernden Mineralien. Später, als man den Wert und die Bedeutung der Mineralien für die Menschheit und die gesamte Wirtschaft erkannte, nahm man sie vom Grundeigentum aus und schuf das Bergregal, das dann auch schon gegen Ende des 12. Jahrhunderts den ganzen Bergbau beherrschte. Es verschaffte dem König, der es allerdings in vielen Fällen auf die Kurfürsten und andere übertrug[2]), das alleinige Aneignungsrecht an allen bergmännisch gewinnbaren Mineralien.

In den neueren Gesetzen wurde das Bergregal zumeist aufgehoben, der Staat behielt sich aber die Bergbauhoheit vor. Die den deutschen Bergbau betreffenden Gesetze sind Landesgesetze, da eine reichsgesetzliche Regelung noch nicht erfolgt ist. Wegweisend für die deutschen Staaten war das preußische allgemeine Berggesetz vom 4. Juni 1865, das sämtlichen anderen Landesgesetzen mit Ausnahme Sachsens als Vorbild diente. Die dem preußischen Bergrecht unterworfenen Fossilien wie Gold, Silber, Quecksilber usw.[3]) sind dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers entzogen, sie gelten als herrenlos[4]). Das Recht zum Abbau wird von der zuständigen Bergbehörde dem verliehen, der das Vorhandensein abbauwürdiger Lager glaubhaft macht und ein Gesuch, die Mutung, einreicht[5]). Das Recht des Schürfens, d. h. des planmäßigen Suchens nach verleihbaren Mineralien steht jedermann auch auf fremdem Boden zu[6]). Der Grundeigentümer muß das Schürfen gegen Ersatz des zugefügten Schadens gestatten.

1) vgl. hierzu M. Wolff, S.R. § 95.
2) In der goldenen Bulle von 1356 Kapitel 9 wurde den Kurfürsten das Regal an allen Metallbergwerken zuerkannt.
3) § 1 ABG.
4) Isay a.a.O., Seite 391.
5) §§ 12 ff. ABG.
6) §§ 5 ff. ABG.

Die Bergwerksberechtigung entsteht durch Verleihung seitens der Bergbehörde. Das Gesetz spricht von einer Verleihung des Bergwerkseigentums (§ 12 ABG). Man kann aber nicht sagen, es habe das Eigentum am Bergwerk von dem Eigentum der Erdoberfläche getrennt und ein wirkliches Eigentum an den Mineralien geschaffen. Durch diese unrichtige Ausdrucksweise des Gesetzes, die wir auch schon im ALR II 16 §§ 82, 133, 188 vorfinden, soll nichts mehr und nichts weniger zum Ausdruck gebracht werden, als das alleinige Recht zur Aneignung der in der Verleihungsurkunde benannten Mineralien[7]). Bergwerkseigentum ist kein Sacheigentum[8]), sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zweck des Bergbaues dienen.

Das Bergwerkseigentum wird wie eine unbewegliche Sache behandelt. Sein reichsrechtliches Vorbild ist jetzt im wesentlichen das Erbbaurecht[9]). Das Bergwerkseigentum erhält von Amts wegen ein Grundbuchblatt und kann mit dinglichen Rechten aller Art durch Einigung und Eintragung belastet werden.

Häufig wird ein wirtschaftliches Interesse bestehen, das Ausbeuterecht vom Bergwerkseigentum abzutrennen, also die Berechtigung zum Abbau einem anderen zu übertragen. Das Allgemeine Berggesetz nennt dann auch wiederholt statt des Bergwerkseigentümers den Bergwerksbesitzer, z. B. in den §§ 135 und 138 ABG. Als Bergwerksbesitzer bezeichnet man denjenigen, der das Bergwerk auf eigene Rechnung betreibt, wie der Nießbraucher oder der Pächter[10]). Von dem Recht des letzteren wird in folgendem zu berichten sein.

Wir haben bereits festgestellt, daß der Bergwerkseigentümer durch die Verleihung des Bergwerkseigentums das Eigentum an den sich in der Erde befindlichen Mineralien nicht erworben hat, vielmehr nur das ausschließliche Recht, diese Mineralien zu Eigentum zu erwerben. Daher kann der Bergwerkseigentümer auch nicht mehr verpachten, als er selbst hat. Gegenstand der Bergwerkspacht kann demnach nicht eine Sache, sondern nur ein Recht sein[11]). Dem steht auch nicht entgegen, daß für das verpachtete Recht gemäß § 50 Abs. 2 ABG die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Grundstücke weitgehend maßgebend sind.

Der Pachtvertrag erzeugt zunächst schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Parteien, die im einzelnen durch die §§ 581 i. V. m. 535 ff. BGB geregelt sind. Die rein schuldrechtliche Seite des Pachtvertrages soll uns aber nicht interessieren, sondern gerade die Frage, ob sich das Recht des Bergwerkspächters in rein schuldrechtlichen Wirkungen und Gegenwirkungen erschöpft.

---

7) Isay a.a.O., Seite 390; RG. Band 137, Seite 140; JW 1932, S. 3258.
8) RG, Band 135, Seite 96.
9) M. Wolff, S.R. § 97.
10) Friedländer a.a.O., Seite 203.
11) Isay a.a.O., Seite 426; RG., Band 135, Seite 101.

Das Reichsgericht hat in dem Urteil vom 27. Januar 1932[12]) im Anschluß an ein Rechtsgutachten von Raape[13]) dem Pächter ein dingliches Recht, nämlich ein absolutes, gegen jeden Dritten wirkendes Aneignungsrecht zugesprochen. Dem ist unbedingt zuzustimmen. Es liegen keinerlei Bedenken vor, dieses Recht des Bergwerkspächters anders zu behandeln als das entsprechende des Jagd- und Fischereipächters. In allen Fällen handelt es sich um die Überlassung der ausschließlichen Aneignungsbefugnis, um ein Rechtsgeschäft dinglicher Art, eine Verfügung zu der das schuldrechtliche Grundgeschäft des Pachtvertrages nur die Verpflichtung begründet. Im übrigen muß hierbei auf das Kapitel über die rechtliche Stellung des Jagd- und Fischereipächters verwiesen werden.

Eine Frage, die uns in diesem Zusammenhang noch ganz besonders interessiert, ist die über den Eigentumserwerb des Pächters an den Mineralien. Das naheliegendste wäre, daß es dem Pächter gemäß § 956 BGB mit der Trennung anfalle, es sich somit um ein dingliches Anfallsrecht handeln würde. Eine unmittelbare Anwendung der §§ 953 ff. BGB muß aber schon daran scheitern, da diese Bestimmungen von dem Eigentumserwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache handeln, das Bergwerkseigentum aber weder selbst eine Sache im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, noch als solches Sacheigentum verleiht. So gelangt dann auch Raape[14]) zu dem Ergebnis, daß der Bergwerkspächter erst durch die Aneignung, d. h. die Inbesitznahme gemäß § 958 Abs. 1 BGB das Eigentum an den Mineralien gewinnt[15]). Das Reichsgericht lehnt eine unmittelbare Anwendung des § 956 BGB ebenfalls ab und kommt zu demselben Ergebnis[16]). Dem ist auch zuzustimmen. Wenn es auch heute noch einzelne Schriftsteller gibt[17]), die trotzem die Bestimmungen über den Fruchterwerb analoge Anwendung finden lassen wollen, so muß ihnen gegenüber betont werden, daß diese Analogie hier nicht am Platze ist.

Sehen wir uns das Recht des Pächters hinsichtlich seines Eigentumserwerbs an den Mineralien einmal etwas genauer an. Wir haben weiter oben bereits festgestellt, daß die ungebrochenen Fossilien dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers entzogen sind, daß sie in niemandes Eigentum stehen. Auch durch die Verleihung des Bergwerkseigentums entsteht ein Sacheigentum nicht, sondern lediglich die ausschließliche Befugnis das Mineral aufzusuchen und zu gewinnen[18]). Schon aus dieser Gesetzesbestimmung geht eindeutig

---

12) RG, Band 135, Seite 94 ff.
13) abgedr. im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 136, Seite 210.
14) Raape Arch. f. d. Ziv. Prax., Band 136, Seite 212 ff.
15) M. Wolff, SR § 97; Müller-Erzbach, Seite 120.
16) RG. Band 135, Seite 96.
17) Frz. Leonhard, Bürgerl. Recht, Seite 119 III; Isay a.a.O., Seite 428.
18) § 54 ABG.

hervor, daß das Bergwerkseigentum in seinem Kern ein Aneignungsrecht ist, ein Vorrecht, Eigentum an bestimmten Mineralien zu erwerben. — Aber gehen wir chronologisch weiter. Im Augenblick der Trennung, z. B. durch das Sprengen von Kohlen, werden die einzelnen Kohlenstücke erst selbständige bewegliche Sachen und sind als solche herrenlos. Diese herrenlose Sachen können nun erst Gegenstand des ausschließlichen Aneignungsrechtes des Pächters sein, der das Eigentum an ihnen durch Eigenbesitzergreifung erwirbt. Diese wird in dem Falle, daß die Mineralien von dem Aneignungsberechtigten oder dessen Bergleuten als Besitzdiener i. S. v. § 855 BGB abgebaut werden, oft schon mit dem Losbrechen der Mineralien zusammenfallen, sodaß der Augenblick der Herrenlosigkeit nicht klar zutage tritt. Herrenlos bleiben sie aber, wenn ein Unbefugter sie fördert, zu welchen auch der Bergwerkseigentümer gehört[19]). Sie alle können Eigentum nicht erwerben, da ihnen das ausschließliche Aneignungsrecht des Berechtigten entgegensteht, § 958 Abs. 2 BGB. Dieser wiederum kann auf Grund seines absolut wirkenden Aneignungsrechtes von jedem Herausgabe der unbefugt gebrochenen Mineralien verlangen[20]). Dieser Herausgabeanspruch ist aber kein Vindikationsanspruch, wenn er ihnen auch gleicht; weil auch er aus einem absoluten Recht fließt[21]).

Die Vormerkung.

Das obligatorische Schuldverhältnis wirkt nur zwischen Gläubiger und Schuldner, darüber hinaus höchstens auf ihre Erben[1]). Im übrigen kann es aktiv nur durch Abtretung des darauf beruhenden Anspruchs und passiv nur durch eine private Schuldübernahme auf andere Personen übergehen. Auf dritte Personen übt ein bestehendes Schuldverhältnis keine Wirkung aus. Sie brauchen daher im Rechtsverkehr mit dem Schuldner keinerlei Rücksicht auf das Recht des Gläubigers zu nehmen. A erwirbt demnach gültig den Bücherschrank des B, obwohl dieser, wie A wußte, zu seiner Überlassung an C durch Kaufvertrag verpflichtet war. Noch größer ist die Gefahr der beschränkten Wirksamkeit des obligatorischen Schuldverhältnisses, wenn es sich um bedeutende Werte, wie Grundstücke und Rechte an diesen handelt, da ihre Erfüllung nicht ausschließlich vom Willen der Parteien allein abhängig ist. Irgendwelche Beanstandungen auf dem Grundbuchamt bringen Zeitverluste mit sich, die der buchmäßig Berechtigte benutzen könnte, um anderweitig über das Grundstück oder einem Rechte an demselben zu verfügen, oder das Recht könnte inzwischen von Gläubigern gepfändet oder anderweitig mit Beschlag

19) RG 135, Seite 102.
20) RG., Band 135, Seite 102.
21) Raape Arch. f. d. ziv. Praxis, Band 136, Seite 213.
1) § 1967 BGB.

belegt werden. Diesen, zum guten Teil der Grundbucheinrichtung und dem Eintragungszwange entspringende Gefahren will das Institut der Vormerkung begegnen, indem es durch eine leicht und schnell zu erreichende Eintragung im Grundbuch die Erfüllung des Anspruchs sicherstellt. Während der Widerspruch das schon bestehende dingliche Recht sichert, dient die Vormerkung zum Schutze obligatorischer Ansprüche. Die Vormerkung kann sich auf Ansprüche, auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastendem Recht oder Ansprüche auf Änderung des Inhalts oder des Ranges solcher Rechte beziehen[2]).

Gegenstand einer Vormerkung sind nur solche Ansprüche, die ihre Erfüllung in einer endgültigen Eintragung finden können[3]). Was nicht eingetragen werden darf, kann auch nicht vorgemerkt werden[4]). Die Wirksamkeit der Vormerkung ist von der Rechtsgültigkeit des vorgemerkten Anspruchs abhängig. Ist dieser nichtig, oder mit Erfolg angefochten, so ist auch die Vormerkung gegenstandslos[5]). Fälligkeit des Anspruchs ist nicht erforderlich. Auch für einen künftigen oder bedingten oder von einer Gegenleistung abhängigen Anspruch kann eine Vormerkung eingetragen werden[6]). Worauf sich der obligatorische Anspruch begründet ist gleichgültig. Er kann auf Vertrag, auf Vermächtnis und auf gesetzliche Vorschrift (z. B. § 648 BGB) beruhen. Die Vormerkung entsteht durch die Eintragung des Anspruchs in das Grundbuch. Diese erfolgt entweder auf Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Vormerkung betroffen wird, oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung[7]), oder endlich von Amts wegen[8]).

Bevor wir auf die rechtliche Natur der Vormerkung zu sprechen kommen, wollen wir zunächst einmal die Wirkungen der Vormerkung, die sich in Sicherungs- und Rangwirkungen einteilen lassen, betrachten.

Die Sicherungswirkung besteht darin, daß eine nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück, oder das Recht getroffene Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde[9]). Dabei ist es gleichgültig ob die Verfügung auf einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des von der Vormerkung Betroffenen beruht, oder ob sie im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. In weiterer Durchführung der Sicherungswirkung bestimmt das Gesetz, daß so-

2) § 883 BGB.
3) RG Band 56, Seite 14; 60 Seite 319; 60 Seite 425.
4) RG Band 55, Seite 273.
5) Staudinger § 883, Abs. 2 A d.
6) Vgl. Güthe, Gruchots Beitr., Band 57, Seite 66; RG., Band 56, S. 251.
7) § 885 BGB.
8) §§ 18 Abs. 2, 76 GBO.
9) § 883 Abs. 2 BGB.

weit ein persönlicher Anspruch durch Vormerkung gesichert ist, der Erbe des Verpflichteten sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen könne[10]). Im Falle des Konkurses des Schuldners kann der Gläubiger auf Grund seines vorgemerkten Anspruchs wirkliche Befriedigung, z. B. Grundstücksauflassung oder Hypothekeneinräumung fordern, ohne unter die Konkursgläubiger zu gehen[11]). Ebenso ist auch der Zwangsvergleich ohne Einfluß auf das vorgemerkte Recht[12]). In der Zwangsvollstreckung des Schuldners wird ein vorgemerkter Anspruch bei Feststellung des geringsten Gebots wie ein eingetragenes Recht berücksichtigt[13]).

Die Rangwirkung hat zur Folge, daß der Rang des Rechts auf dessen Eintragung der Anspruch gerichtet ist, sich nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt, § 883 Abs. 3 BGB. Diese Vorschrift besagt zunächst, daß das dingliche Recht auf dessen Begründung die Vormerkung abzielt, den Rang hat, der durch die Eintragung der Vormerkung bestimmt wird. Sodann ergibt sie, daß die Vormerkung durch ihre Eintragung bereits eine bestimmte Rangstelle schafft, und diese bis zur Eintragung des dinglichen Rechts selbst einnimmt; denn anderenfalls wäre es nicht möglich, daß der Rang des dinglichen Rechts sich nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt. Hervorzuheben ist noch, daß der § 883 Abs. 3 BGB sich nur auf Vormerkungen bezieht, die einen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts sichern sollen. Auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs, auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines Rechts bezieht sich Abs. 3 seinem Wortlaut nach nicht; diese Ansprüche stehen auch zu dem Range anderer Rechte in keiner Beziehung. Soll durch die Inhaltsänderung jedoch das Recht erweitert werden, (z. B. Zinserhöhung) so findet auch hier Abs. 3 Anwendung, da die Erweiterung der Einräumung eines neuen Rechts gleichsteht[14]).

Die zahlreichen Ansichten, die über die Rechtsnatur der Vormerkung bestehen, bewegen sich zwischen zwei Polen, die man am besten durch die Schlagworte „Dingliche Rechte“ und „Grundbuchvermerk“ kennzeichnet. Von den Vertretern der ersten Gruppe sieht Othmer[15]) in der Vormerkung bereits das dingliche Recht, auf das die Vormerkung abzielt, während Fuchs[16]) und Jäger[17]), nicht so weit gehend, die dingliche Rechtsänderung unter einer aufschiebenden Bedingung eintreten lassen. Hinsichtlich der Auflassungsvormerkung weichen letztere wieder von einander ab. Während Jäger

10) § 884 BGB.; dazu §§ 1971 Seite 2; 1990 Abs. 2 und 2016 Abs. 2 BGB.
11) § 24 KO.
12) § 193 KO.
13) § 48 ZVG.
14) Güthe JW. 1912, Seite 612.
15) Othmer a.a.O., Seite 80.
16) Fuchs, Grundbuchrecht Seite 110.
17) Jäger a.a.O., Bem. 2 zu § 24 K.O.

sie als bedingtes Eigentum bezeichnet, faßt Fuchs sie als bedingte Belastung des Grundstücks auf[18]).

Diese Auffassungen haben heute als überwunden zu gelten und stehen im Widerspruch zum Gesetz. Dies ergibt sich schon mit zwingender Notwendigheit aus § 886 BGB. Wenn der persönliche Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung das dingliche Recht erzeugte, so wäre der Anspruch mit der Eintragung erfüllt. Gegen einen erfüllten Anspruch kann aber keine Einrede mehr geltend gemacht werden, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird! Wozu wäre ferner die Bestimmung des § 48 ZVG notwendig, wonach ein durch eine Vormerkung gesicherter Anspruch bei der Feststellung des geringsten Gebots wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen ist?

Den entgegengesetzten Pol bildet die insbesondere von Philippsen[19]) vertretene Ansicht, daß die Vorbemerkung weiter nichts als ein bloßer Grundbuchvermerk, eine bloße Verlautbarung des zu sichernden Anspruchs sei. Daneben entwickelten sich aber noch verschiedene Mittelmeinungen, die in der Vormerkung ein Recht, wenn auch nicht das dingliche Recht selbst sehen.

So nehmen verschiedene Schriftsteller an, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch zu einem Zwischending zwischen persönlichem und dinglichem Recht werde, zu einem jus ad rem[20]) oder zu einer obligatio in rem scripta[21]). Gegen diese Auffassung spricht einmal, daß die Protokolle diese Konstruktion ausdrücklich ablehnen[22]). Die Vormerkung kommt dem preußischen jus ad rem zwar nahe, denn beide sind bestrebt den obligatorisch Berechtigten unter gewissen Voraussetzungen gegenüber einem späteren dinglich Berechtigten zu begünstigen. Aber gerade in diesen Voraussetzungen liegt ein Unterschied zwischen dem preußischen jus ad rem und der Vormerkung; bei ersterem ist der böse Glaube, bei letzterer aber die Eintragung Voraussetzung jener Wirkung. Bei dem jus ad rem sowohl wie bei der obligatio in rem scripta reichen die Wirkungen über die Person des ursprünglich Verpflichteten hinaus, in der Weise, daß der persönliche Anspruch auch gegen Dritte geltend gemacht werden kann. Der vorgemerkte Anspruch dagegen wirkt immer nur gegen den Verpflichteten; der gemäß § 888 BGB gegen Dritte zustehende Anspruch ist von dem Anspruche gegen den Verpflichteten völlig verschieden. Die obligatio in rem scripta und das jus ad rem schaffen ein juris vinculum zwischen dem Gläubiger und dem Dritterwerber, die Vormerkung hingegen vernichtet das Recht des dritten Erwerbers.

18) Fuchs, Grundbegriffe des Sachenr., Seite 67 ff.
19) a.a.O., Seite 46.
20) Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Seite 21 Anm. 50. Dernburg, SR § 51 1.
21) Oberneck a.a.O., Seite 449 ff.
22) Prot. III, Seite 114.

Wenn Staudinger[23]) die Vormerkung als Veräußerungsverbot oder als Verfügungsbeschränkung aufgefaßt wissen will, so sei demgegenüber festgestellt, daß das Gesetz das Veräußerungsverbot der Vormerkung in § 888 Abs. 2 BGB gegenüberstellt. Die Vormerkung begründet auch keine Verfügungsbeschränkung und hindert den Verpflichteten nicht, über das von der Vormerkung betroffene Recht anderweitig zu verfügen[24]).

Auch durch Bezeichnungen wie Anwartschaftsrecht[25]), dingliches Warterecht[26]), negatives Herrschaftsrecht[27]) und dingliche Erwerbsberechtigung[28]) kann nichts gewonnen werden. Wir werden vielmehr mit der herrschenden Lehre davon ausgehen müssen, daß die Vormerkung das dingliche Recht weder unbedingt noch bedingt schafft[29]), daß sie keine eigentliche Belastung des Grundstücks ist[30]). Für letztere wählt das Gesetz den hier fehlenden Ausdruck „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden". Wir haben ferner gesehen, daß die Vormerkung kein ausschließlich auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse liegendes Rechtsverhältnis ist, daß sie dem geschützten Recht in gewissem Umfange dingliche Wirkungen verleiht. Wir können deshalb die Stellung des durch die Vormerkung Gesicherten eine quasidingliche nennen. Die Vormerkung mit allen zu Verfügung stehenden Mitteln in bekannte Rechtsgebilde einzugliedern, muß unbedingt abgelehnt werden. Wir kommen vielmehr zu dem Schluß, daß die Vormerkung ein eigenartiges, nur durch die Grundbucheinrichtung mögliches Mittel ist, um einen schuldrechtlichen Anspruch auch gegen Dritte durchführbar zu machen[31]).

---

23) Staudinger § 883 IV 3; Bendix, Gruchots Beitr., Band 49, Seite 291 ff.
24) M. Wolff, SR § 48.
25) Crome, SR, Seite 176.
26) Endemann, SR, Seite 402.
27) M. Wolff, SR § 48.
28) Enneccerus I § 72 B b.
29) Jung, Bürgerl. Recht, Seite 938; RG Band 65, Seite 231; 118, 234; 120, 14; M. Wolff, SR § 48.
30) RG., Band 116, Seite 239; 120, 185.
31) Güthe, Grundbuchordnung, Seite 592; Jung, Bürgerl. Recht, S. 938.

Lebenslauf.

Am 12. August 1909 wurde ich als Sohn des Architekten Josef Raab und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Kohl in Frankfurt am Main-Schwanheim geboren. Von Ostern 1916 bis August 1917 besuchte ich die Volksschule dortselbst. Meine spätere Schulausbildung erhielt ich nacheinander in der Vorschule zu Bitterfeld, der Privatschule zu Hoyerswerda, der Privatschule zu Lautawerk und in dem Reformrealgymnasium zu Hoyerswerda, an welchem ich Ostern 1930 die Reifeprüfung ablegte. Nun studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften und zwar in den ersten drei und im achten Semester in Marburg, im vierten bis einschließlich siebenten Semester in Berlin. Am 29. September 1934 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „voll befriedigend". Dem mündlichen Doktorexamen unterzog ich mich am 14. März 1935 und bestand es mit dem Prädikat „cum laude". Zur Zeit bin ich am Amtsgericht Genthin beschäftigt.